



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 24/07/2013 – SECÇÃO MUNICIPAL

EXAME PRÉVIO DE EDITAL

Processos: 1102.989.13-4
1103.989.13-3
1173.989.13-8

Representantes: Interlab Farmacêutica Ltda.
Advogado: Dr. Aldo Simionato – OAB/SP nº. 46.811
Comercial Cirúrgica Rioclarense Ltda.
Advogado: Benedito F. Campos Filho – OAB/SP nº. 167.058

Representada: Prefeitura Municipal de Tupã
Prefeito: Manoel Ferreira de Souza Gaspar
Advogados:
Dr. Thiago Leandro Bereta Moreno – OAB/SP nº. 270.431
Dr. Luís Otávio dos Santos – OAB/SP nº. 175.342

Assunto: Representações contra os Editais dos Pregões Presenciais nº. 12/2013 e 13/2013 (Processos Internos nº. 5908 e 5910/2013 e 5.909/2013), do tipo menor preço por lote, lançados pela Prefeitura Municipal de Tupã visando à contratação de empresas para fornecimento de “medicamentos éticos, genéricos e similares conforme definidos pela Lei nº. 91787/99, padronizados A-Z baseados em índices técnicos da ABCFarma, visando atender a Secretaria Municipal de Saúde - Unidade de Pronto Atendimento – UPA e Farmácia Municipal.”

Senhor Presidente, Senhores Conselheiros, Senhor Representante do Ministério Público de Contas,

Examinam-se nestes expedientes as representações formuladas pelas empresas Interlab Farmacêutica Ltda. e Comercial Cirúrgica Rioclarense, contra os Editais dos Pregões Presenciais nº. 12/2013 e 13/2013 (Processos Internos nº. 5908 e 5910/2013 e 5.909/2013), do tipo menor preço por lote, lançados pela Prefeitura Municipal de Tupã, visando à contratação de empresas para fornecimento de “medicamentos éticos, genéricos e similares conforme definidos pela Lei nº. 91787/99, padronizados A-Z baseados em índices técnicos da ABCFarma, visando atender a Secretaria Municipal de Saúde - Unidade de Pronto Atendimento – UPA e Farmácia Municipal.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Discutem-se, no âmbito das Representações nº. 1102.989.13-4 e 1103.989.13-3, apresentadas pela empresa Interlab Farmacêutica Ltda., os seguintes aspectos dos Pregões nº. 12/2013 e 13/2013:

1 – Critério de Julgamento – Menor Preço Por Lote:

Afirmam que os Editais apresentam um número significativo de diferentes medicamentos (109, no Pregão nº. 13/2013, e 192, no Pregão nº. 12/2013), subdivididos em apenas 03 lotes, a saber:

Lote nº. 01 – Medicamentos Éticos
Lote nº. 02 – Medicamentos Genéricos
Lote nº. 03 – Medicamentos Similares

Acrescenta que a adoção do menor preço por lote como critério de julgamento afasta da disputa empresas que não se dedicuem à comercialização de absolutamente todos os tipos de medicamento que compõem os lotes.

Nas suas palavras, “...A imposição de que as licitantes apresentem cotação por lote anula a participação de possíveis proponentes que trabalham exclusivamente com determinados produtos. (...) o que determina a exclusividade de um medicamento não é apenas o seu princípio ativo, mas além dele, sua apresentação. Assim, temos que vários medicamentos podem ter o mesmo princípio ativo, porém, como muitas vezes ocorre, esse princípio ativo com uma específica apresentação, passa a ser exclusivo de determinado laboratório. (...)”.

Pondera que a restrição ao caráter competitivo do certame é evidente porque laboratórios fabricantes dos medicamentos que, teoricamente poderiam ter o menor preço, estarão todos sem exceção afastados do procedimento se mantido o tipo de licitação de menor preço por lote, posto que nenhum deles fabrica toda a gama de medicamentos contida nos lotes. O mesmo ocorre, segundo a representante, com a maioria das distribuidoras de medicamentos que trabalham com vários laboratórios.

Tais circunstâncias, a seu entender, reduzirão o universo de proponentes e inviabilizarão o alcance da economicidade.

Afirma que nenhum órgão da Administração Pública conseguiu explicar e justificar a necessidade da aquisição de medicamentos por lotes.

Invoca o disposto nos artigos 15, IV, e 23, §1º, que estabelecem o parcelamento do objeto como regra, visando à ampliação da disputa e a economicidade.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Defende a ideia de que cada medicamento a ser adquirido constitui-se no objeto do certame, razão pela qual a aglutinação de diversos “medicamentos” em lotes inviabiliza a participação de laboratórios fabricantes ou distribuidores credenciados na licitação.

Traz à colação a Súmula 247 do Tribunal de Contas da União, a Resolução SS-28, DE 30/03/2004, do Secretário de Estado da Saúde do Estado de São Paulo, editais de licitações de diversos municípios, adotando o menor preço por item e inúmeras decisões desta Corte no mesmo sentido.

Argumenta, por fim, que, da forma posta, a previsão editalícia viola o princípio da igualdade entre os licitantes, previsto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, afrontando também o disposto no artigo 3º, §1º, I, da Lei nº. 8.666/93

2 – Impossibilidade de Adoção do Preço ao Consumidor:

A representante questiona, ainda, a previsão constante do item 1 dos Editais, no sentido de que os descontos deverão ser ofertados tomando por base índices técnicos da ABCFarma - Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico.

Alega que a ABCFarma não publica nem determina quaisquer índices técnicos, mas se limita a divulgar preços dos medicamentos e uma lista de Preços Fábrica e Preços Máximos ao Consumidor de todos os medicamentos produzidos e comercializados no Brasil, genéricos e outros registrados na ANVISA, devendo os editais informarem qual a base de cálculo dos descontos.

Assevera também que, conforme Resolução nº. 03, da CMED – Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da ANVISA, tais preços foram conceituados, determinando-se que, para vendas à Administração Pública, devem ser adotados os Preços Fábrica.

Diante disso, requer se determine a suspensão dos procedimentos licitatórios e a procedência das representações, com a retificação dos editais ou suas anulações.

Examinando os termos das Representações interpostas pela empresa Interlab Farmacêutica Ltda., pude vislumbrar, ao menos em tese, disposições dos atos convocatórios que estariam a contrariar a norma de regência e a jurisprudência desta Corte de Contas.

Além dos apontamentos constantes das respectivas petições iniciais, constatei a existência de outras questões que, igualmente, mereciam esclarecimentos.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



A primeira delas, identificada em ambos os Pregões, reside no critério eleito para a formação de lotes de medicamentos “éticos”, “genéricos” e “similares”, compostos pelos mesmos princípios ativos.

Observei também que, no caso do Pregão nº. 13/2013, o Edital exige, como condição de qualificação econômico-financeira, a comprovação de capital social de, no mínimo, R\$ 150.000,00, montante que, se comparado com o valor estimado da contratação, de R\$ 229.000,00, extrapola o limite previsto no artigo 31, da Lei nº. 8.666/93:

“(...) 5.8 - Valor máximo da Licitação: R\$ 229.000,00 (...)

6.1.1- As proponentes deverão apresentar:

1) Comprovação de Capital Social de no mínimo R\$ 150.000,00, através de cópia do Contrato Social.”

Dessa forma, considerando o teor dos questionamentos aduzidos nas iniciais, e o fato de que a abertura dos procedimentos estava marcada para ocorrer às 8h30 e 14h do dia 10/06/2013, com fundamento no parágrafo único do artigo 221 de nosso Regimento Interno, expedi ofício à autoridade responsável pelos certames, requisitando-lhe cópia completa dos editais, a serem remetidas a esta Corte, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, facultando-lhe, no mesmo prazo, o oferecimento de justificativas sobre as impropriedades suscitadas pelo representante e bem assim sobre aquelas por mim constatadas.

No interesse da lisura do certame e, considerando que este Tribunal poderá decidir pela alteração dos atos convocatórios, determinei ainda a suspensão das licitações até apreciação final da matéria.

Já no âmbito da Representação nº. 1173.989.13-8, a mim distribuída em virtude de abrigar matéria conexa àquela tratada no processo nº 1103.989.13-3, a empresa Comercial Cirúrgica Rioclarense Ltda. dirige sua crítica exclusivamente ao Pregão nº. 12/2013, quanto aos seguintes aspectos:

1 – Adoção do critério de julgamento do maior percentual de desconto sobre a tabela ABCFarma por lote

Sustenta que o certame tem por objeto a aquisição de medicamentos constantes da Tabela ABCFarma, visando fornecimentos futuros no exercício de 2013, sendo que as empresas interessadas deverão formular suas propostas considerando o maior percentual de desconto ofertado em relação aos valores da referida Tabela.

Pondera que, de acordo com o § 1º do artigo 45 da Lei de Licitações os critérios de julgamento das propostas são: Menor Preço, Melhor Técnica,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Técnica e Preço e Maior Lance ou Oferta, de modo que a fixação do “maior percentual de desconto” não tem amparo legal.

Argumenta também que, pelo critério de julgamento eleito, será declarado vencedor apenas e tão somente um único licitante para cada lote, dificultando a participação de empresas interessadas, vez que para participar do certame estão obrigadas a apresentar propostas para todos os itens licitados no lote, sob pena de desclassificação.

A seu ver, essa disposição do edital frustra o caráter competitivo da licitação, contrariando o artigo 3º, § 1º, inciso I da Lei de Licitações.

Transcreve trechos da doutrina sobre o assunto e o posicionamento do Tribunal de Contas da União a respeito de bens divisíveis, e afirma que o julgamento das propostas deverá ser alterado para ‘*menor preço por item*’, a melhor forma para Municipalidade adquirir os produtos por um custo menor.

Sobre o tema reproduz a Súmula nº 247 do Tribunal de Contas da União, e também comentários de doutrinadores no tocante ao parcelamento do objeto, e salienta que “*a viabilidade técnica e econômica alegada pelo administrador público para a licitação por lote único deve ser previamente comprovada e juntada aos autos do processo licitatório*”.

Ao final, ressalta que, com a alteração da forma de julgamento para ‘*menor preço por item*’ e a desconsideração da aplicação do desconto no preço de fábrica e da Tabela ABCFarma, a Municipalidade conseguirá ampliar o número de licitantes e, consequentemente, a competitividade na etapa de lances, requerendo a este Tribunal a adoção das devidas providências para cessar tais improriedades.

Assim, diante do apontamento ora formulado, semelhante aquele deduzido na representação de autoria da empresa Interlab Farmacêutica Ltda., determinei a expedição de ofício à autoridade responsável pelo certame, requisitando-lhe justificativas sobre os aspectos impugnados, a serem remetidas a esta Corte, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

Deixei de requisitar cópia completa do instrumento e de determinar a suspensão do certame, porquanto tais providências já haviam sido adotadas no mencionado processo 1103.989.13-3.

Em Sessão de 12/06/2013, este Plenário ratificou os atos preliminares por mim praticados no âmbito das três Representações, ocasião em que recebeu as matérias como Exames Prévios de Editais.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Regularmente notificada, a Prefeitura Municipal de Tupã apresentou os documentos requisitados e as justificativas que entendeu cabíveis.

Afirmou que o Item 1 dos Editais dos Pregões nºs. 12 e 13/2013 discrimina os medicamentos pretendidos pela Administração tanto para atendimento da Secretaria da Saúde, quanto para a UPA - Unidade de Pronto-Atendimento, estabelecendo três lotes distintos: medicamentos éticos, genéricos e similares, padronizados A-Z, baseados nos índices técnicos da Tabela ABCFarma.

Esclareceu que a ABCFarma é uma entidade civil, sem fins lucrativos, voltada para a prática de estudos, coordenação, informação, proteção e representação da categoria econômica do comércio de medicamentos, produtos farmacêuticos e correlatos, constituída em 30 de outubro de 1959 e que sua finalidade é estabelecer parâmetros de preços de medicamentos e produtos farmacêuticos para seus associados, servindo de referência também para outros seguimentos de mercados voltados para a área da Saúde.

Sustenta que os preços de medicamentos e de produtos farmacêuticos constantes da referida Tabela, há muito, vêm orientando as entidades públicas na formulação de seus orçamentos para instauração de licitações.

Reporta-se, a respeito, a decisões deste Tribunal, no âmbito dos processos TC-029731/026/10 e TC-029822/026/10, considerando lícita a adoção da Tabela ABCFarma pela entidade pública licitante e do maior desconto sobre a tabela como critério de julgamento. Referiu-se, ainda, ao julgamento do processo TC-027069/026/10.

Afirmou, assim, que os editais relacionaram todos os medicamentos que pretende adquirir, utilizando, como parâmetro, o princípio ativo de cada produto e não a sua marca, cumprindo também o art. 3º, II, da Lei nº. 10.520/02, que exige a definição precisa, suficiente e clara do objeto licitado.

Sobre o agrupamento dos medicamentos em lotes, invocou a discricionariedade reservada ao administrador, não havendo, nisso, violação ao artigo 40, da Lei nº. 8.666/93, ou ao artigo 3º, da Lei nº. 10.520/2002, nem tampouco dificuldade ou restrição às licitantes em identificar os lotes constantes dos Editais, já que, como dito, os medicamentos encontram-se devidamente discriminados.

Portanto, defende que, ao adotar a Tabela ABCFarma como parâmetro, a Prefeitura Municipal de Tupã não contrariou nenhum dispositivo legal, muito menos qualquer preceito dessa Corte de Contas.

Quanto à exigência de Capital Social mínimo no Pregão Presencial nº. 13/2013, em montante superior ao admitido pela legislação, reconheceu o equívoco, comprometendo-se a promover as necessárias correções.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Sobre a formação dos lotes propriamente dita, de medicamentos de éticos, genéricos ou similares, alegou não se tratar de uma inovação trazida pela Prefeitura com o objeto de restringir a participação nos Pregões.

Após conceituar tais espécies de medicamentos, aduziu que, nessas condições, as licitantes, de posse da relação dos medicamentos constantes do Item I dos Editais dos Pregões Presenciais nº. 12 e 13/2013, organizarião suas propostas de acordo com os lotes de medicamentos éticos, genéricos ou similares, conforme a condição de cada produto.

Instada a se manifestar, a Assessoria Técnica opinou pela procedência das Representações, para que o edital passe a adotar o menor preço por item como critério de julgamento e inclua a previsão de preço máximo, nos termos da tabela e instruções expedidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, da ANVISA.

Salientou tratar-se de contratação de lista de medicamentos, com as respectivas especificações e quantidades a serem adquiridas.

Além disso, destacou a farta documentação normativa trazida pela Representante, da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, da ANVISA (Resolução nº. 03 e Orientação Interpretativa nº. 02,) e da Secretaria de Estado da Saúde (Resolução SS-28), que especificamente versam sobre o preço máximo de venda e licitação para aquisição de medicamentos com julgamento por lote e a ausência de justificativas por parte da Municipalidade, inclusive sobre a vantajosidade da adoção do menor preço por lote, que aglutina produtos de naturezas distintas.

Observou, ainda, que o edital não especifica quais medicamentos comporão cada um dos três lotes, limitando-se a apresentar uma lista com 192 produtos, no caso do Pregão nº. 12/2013, e 109, no caso do Pregão nº. 13/13, dando a entender que cada lote deve contemplar a lista completa de medicamentos, o que não se mostra razoável.

Trouxe à colação decisões desta Corte nos processos TC-29731/026/10 e TC-29822/026/10, relatados pelo eminente Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, em que foi reprovada a adoção da Tabela ABCFarma como fonte de referência de preços dos medicamentos, por ser de acesso restrito a seus assinantes, sendo mais adequada a adoção da relação de medicamentos divulgada pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), constante do próprio site da ANVISA, relação que é oficial.

Na mesma decisão, mencionou determinação de que adotasse o menor preço unitário como critério de julgamento.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Propôs ainda que se recomende à origem a previsão dos preços máximos admitidos conforme regulamentado pela CMED.

No mesmo sentido, manifestou-se a sua Chefia.

Assim também o Ministério Público de Contas manifestou-se pela procedência de todas as três representações.

A Secretaria-Diretoria Geral, por seu turno, opinou pela procedência das Representações abrigadas nos processos 1102.989.13-4 e 1103.989.13-3 e pela procedência parcial da Representação em exame no processo 1173.989.13-8.

Ressalvando sua opinião pessoal quanto à adoção do maior percentual de desconto como critério de julgamento, sobre o que tem certas restrições, sustentou o Sr. Secretário-Diretor Geral Substituto a existência de amparo na jurisprudência desta Corte, a exemplo do que se decidiu nos processos TC-29731/026/10 e TC-29822/026/10, de modo que, nesse particular aspecto, considera improcedente a representação da empresa Comercial Cirúrgica Rioclarense Ltda.

A despeito disso, entendeu que a adoção do maior percentual de desconto “por lote” não é razoável, à luz do objeto pretendido. A seu ver, “*em licitações para compra de bens de natureza divisível, a escolha pelo critério de menor preço global ou por lotes só se justifica quando a opção por itens prejudicar o conjunto licitado e/ou se mostrar economicamente inviável, hipótese que não restou demonstrada pela origem.*”

Para respaldar sua opinião, reproduziu decisão do Plenário desta Corte, de minha relatoria, no julgamento do Exame Prévio de Edital nº. 1146.989.13-2, em sessão de 26/06/2013.

Observou ainda que os Editais não são claros em relação à base de cálculo da incidência dos descontos para a elaboração das propostas, impondo-se, nesse ponto, a inclusão dos preços máximos a serem admitidos, conforme regulamento expedido pela CMED - Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, na Orientação Interpretativa nº. 02, de 13/11/06, da ANVISA, reportando-se ao julgamento dos processos TC-29731/026/10 e 29822/026/10.

É o relatório.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 24/07/2013 – SECÇÃO MUNICIPAL

EXAME PRÉVIO DE EDITAL

Processos: 1102.989.13-4
1103.989.13-3
1173.989.13-8

Representantes: Interlab Farmacêutica Ltda.
Advogado: Dr. Aldo Simionato – OAB/SP nº. 46.811
Comercial Cirúrgica Rioclarense Ltda.
Advogado: Benedito F. Campos Filho – OAB/SP nº. 167.058

Representada: Prefeitura Municipal de Tupã
Prefeito: Manoel Ferreira de Souza Gaspar
Advogados:
Dr. Thiago Leandro Bereta Moreno – OAB/SP nº. 270.431
Dr. Luís Otávio dos Santos – OAB/SP nº. 175.342

Assunto: Representações contra os Editais dos Pregões Presenciais nº. 12/2013 e 13/2013 (Processos Internos nº. 5908 e 5910/2013 e 5.909/2013), do tipo menor preço por lote, lançados pela Prefeitura Municipal de Tupã visando à contratação de empresas para fornecimento de “medicamentos éticos, genéricos e similares conforme definidos pela Lei nº. 91787/99, padronizados A-Z baseados em índices técnicos da ABCFarma, visando atender a Secretaria Municipal de Saúde - Unidade de Pronto Atendimento – UPA e Farmácia Municipal.”

Senhor Presidente, Senhores Conselheiros, Senhor Representante do Ministério Público de Contas,

Por meio dos Pregões em epígrafe, a Prefeitura Municipal de Tupã pretende adquirir medicamentos visando ao atendimento das demandas da Secretaria Municipal de Saúde, na Unidade de Pronto Atendimento – UPA e na Farmácia Municipal.

Extraem-se das Representações aqui em exame as seguintes questões, adiante sintetizadas:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



- adoção do menor preço por lote como critério de julgamento, ao invés do menor preço unitário;
- escolha do “maior percentual de desconto” sobre a tabela referida no Edital para aferição do menor preço;
- utilização da tabela “ABCFarma - Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico” ao invés da tabela da CMED – Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da ANVISA;
- formação de 3 lotes, segundo a condição de “medicamentos éticos”, “medicamentos genéricos” e “medicamentos similares”, compostos pelos mesmos princípios ativos;
- exigência de capital social de, no mínimo, R\$ 150.000,00 para fins de qualificação econômico-financeira em montante superior ao limite previsto no artigo 31, da Lei nº. 8.666/93.

Início pela crítica dirigida à exigência constante do item 6.1.1 do Edital do Pregão nº. 13/2013, para fins de qualificação econômico-financeira, sobre a qual a Municipalidade expressamente reconheceu a procedência da Representação, prontificando-se a corrigir o Edital nesse aspecto.

De fato, uma vez que o valor estimado da contratação foi fixado em R\$ 229.000,00, a exigência de comprovação de capital social mínimo de R\$ 150.000,00 extrapola o limite constante do artigo 31, da Lei de Licitações, devendo, por isso, ser corrigida.

Acerca do questionamento da adoção do “maior percentual de desconto” sobre a tabela do edital, de fato, este Tribunal tem sérias restrições quanto a tal procedimento em se tratando de aquisições no âmbito do Sistema de Registro de Preços, pois, ao se registrar o percentual de desconto sobre tabela que, ao longo do período de 12 meses, pode sofrer oscilação significativa, não se terá o preço firme e irreajustável.

Nessa direção, reproduzo excerto do voto exarado pelo eminente Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, nos Exames Prévios de Edital nº. 350.989.13-3 e 354.989.13-4 em sessão de 26/06/2013:

“(...) 2.7 Já o critério estabelecido no item 8.2.2 do edital sinaliza que cada valor unitário dos hortifrutigranjeiros deve ser apresentado considerando-se, para tanto, o percentual de desconto ou de acréscimo aplicado sobre a tabela máxima oficial do CEAGESP do dia anterior à da sessão pública, devendo constar da proposta o percentual utilizado, tudo isto a título de melhor “*adequar o registro de preços à característica sazonal desses alimentos*”, segundo as próprias razões de defesa apresentadas.

Em tese, não haveria óbices a que se adotasse o critério de julgamento do tipo “*maior percentual de desconto sobre tabela*”, mesmo porque se registraria em ata o menor preço obtido na disputa, que permaneceria fixo e irreajustável ao longo dos 12 meses de sua validade.

Mas igual sorte não tem o registro em ata do “*percentual de desconto ou de acréscimo aplicado sobre tabela*”, pois que na contramão do art. 40, X,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



da Lei nº 8.666/93 e da forte jurisprudência deste Tribunal, de que é exemplo o decidido pelo E. Plenário em sessão de 17-04-13, nos autos do TC- 00000282.989.13-6, Relator o E. CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA.

Daí reforçar-se a convicção de que, ao subsumir-se à aplicação do modelo, a hipótese deve servir apenas como critério de julgamento, jamais podendo ser utilizada como critério de pagamento. Assim, deve a Administração registrar preços por itens e não percentuais de descontos sobre quaisquer tabelas que sejam. (...)".

Embora se refira a licitação que objetivava registro de preços, entendo que os fundamentos da decisão acima aplicam-se ao caso concreto aqui em exame tendo em vista o teor da Cláusula Segunda da minuta do Contrato, segundo a qual os pagamentos serão feitos por percentual de desconto e não valores fixos¹.

Desse modo, embora seja admissível a adoção de percentual de desconto sobre tabela como um critério para aferição do menor preço e julgamento, deve a Municipalidade modificar o Edital e a Minuta do Contrato, consignando em ambos os documentos a previsão de que, para fins de pagamento, será utilizado o preço fixo.

Quanto à adoção da tabela ABCFarma como base para o oferecimento do referido percentual de desconto, a instrução realizada pelos órgãos técnicos converge para sua irregularidade.

Primeiro, porque a ABCFarma é uma entidade privada, voltada aos interesses de seus associados, sendo certo que sua tabela de preços somente está acessível a esse público restrito, ao passo que a CMED, da ANVISA, publica periodicamente uma tabela de preços de medicamentos sujeitos a seu controle.

Veja-se que, de acordo com a Lei nº. 10742/2003², compete à CMED, entre outras atividades, definir diretrizes e procedimentos relativos à regulação econômica do mercado de medicamentos, estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos e definir, com clareza, os critérios para a fixação dos preços dos produtos novos e novas apresentações de medicamentos, nos termos do art. 7º.

¹ (...) Cláusula Segunda - DO PREÇO: A Contratante pagará à Contratada pelo fornecimento do objeto do contrato, os seguintes descontos sobre os medicamentos:

Lote 0 - Medicamento Ético: 0,00% de Desconto

Lote 02— Medicamento Genérico: 0,00% de Desconto

Lote 03— Medicamento Similar: 0,00% de Desconto (...)".

² (...) Art. 6º Compete à CMED, dentre outros atos necessários à consecução dos objetivos a que se destina esta Lei:

I - definir diretrizes e procedimentos relativos à regulação econômica do mercado de medicamentos;

II - estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos;

III - definir, com clareza, os critérios para a fixação dos preços dos produtos novos e novas apresentações de medicamentos, nos termos do art. 7º;(...)"



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



A propósito, a CMED divulga uma lista de preços de medicamentos específica para compras públicas, que contém o teto de preço pelo qual entes da Administração Pública podem adquirir medicamentos dos laboratórios, distribuidores, farmácias e drogarias³.

Ademais, como bem observou a SDG, assiste razão à Representante quanto à necessidade de que o Edital adote como referência o “Preço Fabricante” constante da referida tabela, conforme Orientação Interpretativa nº. 02, de 13 de novembro de 2006, também da CMED⁴. Segundo referida norma:

“(...) Nos fornecimentos para órgãos públicos através de licitações ou não, o Distribuidor é obrigado a vender os produtos, tendo como referencial máximo o preço fabricante. Preço Fabricante é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz; considerando que a Lei n 10.742, de 6 de outubro de 2003, que define normas de regulação para o setor farmacêutico e cria a CMED é aplicada às empresas produtoras de medicamentos, bem como às farmácias e drogarias, aos representantes, às DISTRIBUIDORAS DE MEDICAMENTOS e a quaisquer pessoas jurídicas de direito público ou privado que, de alguma maneira, atuem no setor farmacêutico.

Em qualquer operação de venda efetivada pelas empresas produtoras de medicamentos ou pelas distribuidoras, destinada tanto ao setor público como ao setor privado, deverá ser respeitado, para venda, o limite do Preço Fabricante, uma vez que o Preço Máximo ao Consumidor é o preço máximo permitido na venda de um medicamento no varejo, podendo ser praticado somente pelas farmácias e drogarias.

Assim, o Preço Máximo ao Consumidor é o preço a ser praticado pelo comércio varejista, ou seja, farmácias e drogarias; e o Preço Fábrica é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento, já incorrendo em todos os custos de comercialização, quando o laboratório realiza a comercialização diretamente ao setor varejista; ou concede um desconto em seu preço para que a empresa distribuidora possa cobrir seus custos advindos da distribuição do medicamento ao setor varejista e também pratique o Preço Fábrica.”

A matéria já foi enfrentada em oportunidade anterior, a exemplo do julgamento dos TCs 29731/026/10 e 29822/026/10, sob a relatoria do eminente Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, em Sessão de 08/12/2010:

(...) Por isso entendo não ser apropriada a adoção do Anexo da REVISTA ABCFARMA como fonte de referência dos medicamentos que se pretende registrar em ata; considere-se, ainda, que, a REVISTA ABCFARMA,

³ PREÇOS MÁXIMOS DE MEDICAMENTOS - EM MONODROGAS - POR PRINCÍPIO ATIVO, PARA COMPRAS PÚBLICAS PREÇO FÁBRICA (PF) E PREÇO MÁXIMO DE VENDA AO GOVERNO (PMVG) Disponível em <http://portal.anvisa.gov.br>. Acesso em 19/07/2013.

⁴ Disponível em <http://portal.anvisa.gov.br>. Acesso em 22/07/2013.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



editada pela Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico, tem acesso restrito aos seus assinantes.

Neste contexto, melhor que a Administração se valha, para a identificação do objeto que pretende licitar, da relação de medicamentos divulgada pela CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS (CMED), constante do próprio site da ANVISA (www.anvisa.org.br), que, a exemplo de outras relações do gênero, também conta com todos os medicamentos aprovados pela agência reguladora, com a indicação dos respectivos “preço fábrica” e “preço máximo ao consumidor”.

Tratando-se de relação oficial de medicamentos, é dela que a Administração extrairá todos e cada qual dos medicamentos que entenda necessários para a satisfação do interesse público almejado; e, uma vez realizada a competitividade, fixar-se-ão em ata os seus respectivos valores, resultantes do maior desconto sobre tabela, que permanecerão inalterados pelo período de 12 meses, para eventuais e futuras aquisições. (...”).

Assim, diante da existência dessa tabela oficial de preços a serem observados nas compras governamentais de medicamentos, contendo, inclusive, preços máximos aceitáveis, parece-me obrigatória sua previsão no instrumento convocatório.

A Representada tampouco trouxe justificativas satisfatórias para a adoção do menor preço por lotes de medicamentos “éticos ou de referência”, “genéricos” ou “similares”.

Como bem observou a Assessoria Técnica, o edital não especifica quais medicamentos comporão cada um dos três lotes, limitando-se a apresentar uma lista com 192 produtos, no caso do Pregão nº. 12/2013, e 109, no caso do Pregão nº. 13/13, dando a entender que cada lote deve contemplar a lista completa de medicamentos.

Da forma colocada no Edital aqui examinado, ou seja, com a previsão de que cada lote será composto por todos os princípios ativos ali mencionados, o menor preço por lote acaba por apresentar o mesmo efeito restritivo provocado pela adoção do menor preço global.

Nesse sentido, reproduzo trecho da manifestação exarada pela Secretaria-Diretoria Geral:

“(...) Muito embora a Prefeitura não tenha adotado a sistemática de registro de preços, que, necessariamente, implica em julgamento por preço unitário, vejo que, em licitações para compra de bens de natureza divisível, a escolha pelo critério de menor preço global ou por lotes só se justifica quando a opção por itens prejudicar o conjunto licitado e/ou se mostrar economicamente inviável, hipótese que não restou demonstrada pela origem.(...)”.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Reporto-me também ao decidido pelo Plenário, no Exame Prévio de Edital nº. 1146.989.13-2, sob minha relatoria, em Sessão de 26/06/2013, bem como no Exame Prévio de Edital nº. 912.989.13-4, relatado pelo eminent Substituto de Conselheiro Samy Wurman, na Sessão de 12/06/13. Extrai-se do voto condutor do julgado, o seguinte trecho de interesse:

“Licitação instaurada para Registro de Preços visando ao fornecimento de medicamentos diversos.

Em sua manifestação, a despeito de reconhecer a impossibilidade de participação direta de laboratórios, a Administração apenas admite a necessidade de segregação de dois itens, em razão da exclusividade de fabricação dos mesmos.

Sugere, assim, a manutenção dos demais fármacos “nos respectivos lotes para que os produtos menos comercializados não sejam fracassados”.

Tal alegação não configura fundamento técnico bastante para, no caso em apreço, justificar o agrupamento de remédios em blocos selecionados por critérios relacionados ao tipo de enfermidade/princípio ativo que, embora facilitem o recebimento e a estocagem dos medicamentos, impedem a participação de fabricantes e de distribuidores que não comercializam produtos de muitos laboratórios.

Nessas condições, a jurisprudência da Corte tem rechaçado a aglutinação, sobretudo por se tratar de certame objetivando o registro de preços.

Impõe-se, portanto, a adoção de medidas corretivas para a ampliação da competitividade, nos termos dos artigos 15, inciso IV e 23, § 1º, ambos da Lei n. 8.666/93, subdividindo-se o objeto “em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando à economicidade”.

Nessa mesma trilha seguiram as decisões proferidas por este Plenário nos Processos TC-35.258/026/10 (Sessão de 10/11/10), 372.989.12-9 (Sessão de 11/04/12), TC-1011/001/09 (Sessão de 21/10/09, decisão mantida em grau de Pedido de Reconsideração examinado na Sessão de 04/12/09), TC-15203/026/10 (Sessão de 23/06/10) e TC-24533/026/10 (Sessão de 28/07/10). (...).

Trago igualmente à colação decisão proferida no TC-5308/026/11, sob relatoria do eminent Conselheiro Robson Marinho, em sessão de 09/02/2011, reprovando a adoção do menor preço global como critério de julgamento em licitação destinada a aquisição de medicamentos:

“(...) Num primeiro momento é possível inferir que o julgamento por item é fator que ampliaria a competição, uma vez que permitiria ao interessado catar os medicamentos de forma separada.

Assim, a aceitação do julgamento por lote somente pode ser admitida se fundada em justificativas técnicas que demonstrem que a compra de forma individual dos itens poderá prejudicar o conjunto licitado ou se mostrar economicamente inviável.

Além dessas hipóteses não terem restado evidenciadas, não houve nenhuma explicação técnica acerca da composição dos lotes que justificasse a necessidade da aquisição em conjunto.

Ao contrário, em seus esclarecimentos a Prefeitura buscou justificar a adoção do critério de menor preço por lote apenas por razões de cunho



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



administrativo, relacionadas ao desenvolvimento do certame e a vantagens no gerenciamento do contrato.

Dessa forma, como bem destacou a SDG, muito embora o presente certame não seja destinado à formalização de uma ata de registro de preços, hipótese que implicaria a aquisição de forma unitária dos medicamentos em face da imprevisibilidade da contratação, o critério de julgamento aqui adotado é potencialmente restritivo e contraria os princípios da isonomia e da economicidade. (...)".

Assim, obrigatória a reforma do Edital para que passe a adotar o menor preço unitário como critério de julgamento.

Diante do exposto, considero procedentes as Representações em exame nos processos 1102.989.13-4 e 1103.989.13-3, e parcialmente procedente a Representação examinada no processo 1173.989.13-8, devendo a Prefeitura Municipal de Tupã promover as seguintes adequações no Instrumento Convocatório:

- reduzir o montante exigido a título de capital social, para um patamar que esteja de acordo com o limite do artigo 31, da Lei de Licitações, conforme já se comprometeu expressamente;
- consignar no Edital e na minuta do contrato previsão de que, para fins de pagamento, será utilizado o preço fixo;
- tomar como parâmetro a tabela de preços CMED, inclusive no que diz respeito aos preços máximos para vendas à Administração Pública, nos termos da respectiva Orientação Interpretativa nº. 02/2006;
- adotar o menor preço unitário como critério de julgamento.

Após proceder às alterações do instrumento, os responsáveis pelo certame deverão atentar para o disposto no § 4º do artigo 21 da Lei nº 8.666/93, com nova publicação e reabertura de prazo para formulação de propostas.

Expeçam-se os ofícios necessários, encaminhando os autos, após o trânsito em julgado, para Diretoria competente da Casa para as devidas anotações, arquivando-se em seguida.